

## 営業上の標識の保護

著者	武藤 節義
著者別名	S. Muto
雑誌名	東洋法学
巻	12
号	1
ページ	101-140
発行年	1968-09
URL	<a href="http://id.nii.ac.jp/1060/00006144/">http://id.nii.ac.jp/1060/00006144/</a>



# 営業上の標識の保護

武 藤 節 義

- 一 序
- 二 営業上の標識の経済的機能的と保護
- 三 現行法における各種標識
- 四 現行法における保護と効力

## 一 序

商品交換の多様性と、その時的空間的な拡大は、初期において見られた生産者、商人等と消費者との直接的な人的信頼関係を切断し、消費者は生産者等がその営業活動に附着させて用いる営業上の標識を通じて、相互間における人的信頼関係を感覚的に、より限定的に言うならば視覚的に回復するにすぎない。

このような人的信頼関係の切断と、その営業上の標識による回復は、営業者個人の重要性を減少させると共に、営業上の標識の取引社会における重要性を増大させ、誇張的に表現すれば、営業主体の個性を離れて、営業及び営業上の標識という客観的存在に消費者の信頼が吸収されるという現象を生じている。

営業上の標識のかかる機能は、マス・メディアの著るしい発達に伴い、営業者の積極的な広告活動を通じて、この傾向を促進し、営業上の標識は人的信頼関係の担保として又顧客獲得可能性を内包するものとして重要な意義を有するものとなっている。

このような営業上の標識には、何を直接に表示し識別するかによって営業主体を表示する人的標識たる商号、営業又は営業施設を表示する営業名、営業標、サーヴィス・マーク、ハウス・マーク、商品を表示する商品標識たる商標、表装、原産地とか出所地を表示する標識たる原産地名称、出所地表示等が存在する。<sup>(1)</sup>

これら各種の営業上の標識の法的保護並びに規制は統一を欠き、商号については、商法及び不正競争防止法によ

り、営業名、営業標、サーヴィス・マーク、ハウス・マーク等及び表装、原産地名称、出所地表示等は不正競争防止法により、商標については商標法及び不正競争防止法により保護並びに規制が為されている。

しかもこれら営業上の標識の不正競争防止法による保護は、単に事実上の保護にとどまり、それら客観的価値を有する標識の実体的権利性に根ざすものでない点において、保護そのものが極めて便宜的・政策的なものであると言わなければならない。

因みに、我国において不正競争防止法により事実上の保護を与えられるに過ぎない標識中サーヴィス・マークはアメリカ、カナダ、フランス、フィリピン、韓国等において商標と同様の独立の権利性が承認されており、又ドイツでは商品の容器包装等商品の出所を示す一切の標識を表装 (Ausstattung)<sup>(2)</sup> として商標権と同様にその独立の権利性を承認して保護を図っているのである。

更に、パリ条約 (一九〇〇年二月一四日ブラッセルで、一九一一年六月二日ワシントンで、一九二五年一月六日ヘーグで、一九三四年六月二日ロンドンで、及び一九五八年一〇月三一日にリスボンで改正された工業所有権の保護に関する一八八三年三月二〇日パリ条約) においては、営業上の標識としての商標、サーヴィス・マーク、商号、原産地表示又は原産地名が工業所有権として或いは不正な競争から保護されるべきことを予定しており<sup>(3)</sup> (一条二項)、サーヴィス・マークについてはその保護を加盟国の義務としている (六条の六)。

このような営業上の標識の保護の多様性は各国における産業経済の特殊性の反映とは言え、近時における経済活動の国際的交流からは、これを放置するに任せることはできず、その法的解明を迫っているのである。

營業上の標識の法的性質を明らかにするためには各種標識が有しているその社会的機能を前提としつつ、それら機能によって正当に導かるべき各人の利益を基礎として、それら標識の法的構成が考えられるべきである。そして機能の共通性、利益の共通性に則して、標識の統一ある法的保護の理論が構成されることが必要なのである。

(1) 標識については、一般に商標、サーヴィスマーク、商号、營業名、營業標、ハウス・マーク、表装、原産地名、原産地表示又は出所地表示、氏名、品質標準等の種類が挙げられる(豊崎光衛「工業所有権法」法律学全集五四卷一〇頁以下、同「現代法」九卷競争と企業取引二七〇頁以下)、しかしこれら社会経済的存在たる標識を法上の存在として如何なる位置を認めるかは別個の問題であり、パリ条約一条二項は「工業所有権の保護は……商標、サーヴィスマーク、商号、原産地表示又は原産地名及び不正競争の防止に関するものとする」と規定するのに対し、我が国内法は商号を商法で、商標を商標法で保護するほか、不正競争防止法一条では広く認識された氏名、商号、商標、商品の容器包装其他他人の商品たることを示す表示と同一若くは類似のもの、氏名、商号以外の營業標、原産地名、原産地又は出所地表示を保護するものとし、存在と法的保護は当然のことながら一致していない。

(2) ここで表装とは商品そのもの又はその容器包装の形状・色彩・装飾或いは營業上の書面、広告、看板等の形状・色彩・装飾など商品の出所を示す一切の標識を言うものとされドイツ商標法二五条において取引社会における通用を条件として商標と同一の法的保護が認められている。

(3) パリ条約一条二項におけるこれら標識の保護規定は条約加盟国において直接法的拘束力を有するものではなく、これら標識を保護する国内法の定立によって補充される。このことは条約の効力について一元説をとるか二元説をとるかによって異なるものではなく、パリ条約一条二項の規定そのものが、国内法によって補充されることを予定しているものであって、このことは同盟条約一条一項が同盟国民であれば当該国が法令により内国人に与えていると同一の利益を享受すると規定していることから明らかであろう。

## 二 營業上の標識の經濟的機能と保護<sup>(1)</sup>

標識とは一般に或る客體を他者から區別或いは識別する表示を意味し、これら標識が營業活動に伴って用いられるとき、相手方はそれら營業活動が何人によって為されているのかを標識を通じて認識覚知することができる。經濟取引が特定者の生産品を特定者の手を通じてのみ流通する社会にあつては、生産主体及び販売主体の識別の必要性はあまり重要ではないが、多様の生産品が多数併存する營業者の手を通じて流通に置かれる場合、營業活動に於ける主体及び商品の出所の識別は、商号、商標、營業標等の標識によってより簡易迅速に担保される。

營業上の標識を有しない營業活動、商品乃至サービスを想像した場合、それら活動が何人の手になるかを我々が知るためには多くの時間と労力を費やさなければならぬであらうし、そのような結果到達した結論が必ずしも客觀的に正しいと言ひ得ないのである。然るに標識が附されることによって我々は一瞥してそれら營業主体及び商品等の出所を覚知することができるのである。

このような機能を標識の側から見れば標識が營業及び營業主体並びに商品、サービス等を他のものから區別することによって營業主体及び商品出所等の表示作用を営んでいるといふことができる。

標識の作用がかかる表示作用のみに止るならば、その社会的効用は呼称等の簡略化と消費者の主觀的感情とに結びつくだけで、客觀的利益を生み出すものではないが、標識による表示作用を前提とする識別は、識別された營業、營

業主體、商品、サービスの内包している経済的信用、商品の品質、サービスの充足性と結合して、一般にそのような標識を附着せしめた客体についての信用性、品質等の保証作用を営み、消費者乃至取引の相手方からすれば、信用及び品質、サービスに対する信頼の対象を形成することになる。

この保証作用は、企業者の努力と取引の相手方の信頼の充足が、継続的・反覆的な取引活動を通じて相乗的に蓄積され、これら信頼が標識に附着吸収されて、標識が企業の信用及び商品々質の保証等を客観的に担保するものに転化するのである。

そして更に、標識の識別作用及び保証作用を基礎としつつ、優秀な営業、商品、サービスはより広く取引の相手方に認識され、標識を通じて自家増殖的に潜在的購買力を生み出し、営業者の広告宣伝によりこれら傾向は促進され、標識が顧客獲得可能性を内包するに至る。

このような機能を有する営業上の標識は、一方標識所有乃至利用者にとっては、自己の営業活動そのもの及び商品を他から区別するためにこれら標識を用いることによってその目的を果す利益、標識を通じて蓄積された顧客や営業、商品、サービス等の名声を維持することの利益、及び標識を通じて形成された信頼を基礎として新たな顧客を獲得してゆく利益が認められる。

これに対して、取引の相手方乃至消費者の標識に関する利益は、それら標識の帰属主体としての直接的な利益ではなく、標識に対して与えている信頼を裏切られないという消極的利益であり、標識利用者の権利が充分に保証される場合には、このような結果は生じない。

即ち、標識がその帰属主体のものとして、第三者に剽窃、冒用されることのない限り、取引の相手方乃至消費者が標識を通じて形成している人的信頼関係が裏切られることはないからである。

従って、第三者による標識の冒用、剽窃行為は、標識帰属主体の利用権を阻害し、財産的利益を害すると共に、標識を通じて蓄積した信用を損うという結果を生じ、一方においては財産利益の喪失と他方においては、営業に関する社会経済的評価の低下を招来するという不利益を生ぜしめる。これら利益の喪失は当該営業者個人に関するものであるから標識帰属者の個人的固有利益として私権によって保護される内容として構成することが可能であるが、取引の相手方乃至消費者が標識に対して与えている信頼は、前述の標識に関する私権の保護が十全であるならば、侵害されることはないが、侵害の事実が存し得る以上、標識帰属主体の保護を以って足りるものではない。即ち標識帰属主体の利益回復は、自らの利益を回復するに止り、取引の相手方乃至消費者の失った利益を回復するものではないからである。従って標識の保護に関しては、標識帰属主体の保護のほかに、取引の相手方乃至消費者の保護の面が不可欠の要素として登場して来るのである。

次に標識を通じて形成された企業、商品等のイメージ、市場における優位な地位、標識の広告作用による自己増殖的な顧客獲得可能性などの一連の状態が、他人による標識の剽窃、冒用により稀薄化し、減退した場合、標識の固有の権利内容として保護することができるか否かが問題となる。<sup>(2)</sup>

これら一連の利益的状态は、企業者の営業活動によって市場で形成された事実上の利益的状态として、既に客観化された標識そのものの利用権等と異なり、市場における経済競争と顧客の変動によって絶えず可變的にその利益状態



を増減せしめている。従ってこれらを標識の固有の利益内容として定量的・客観的に組入れることは不可能となる。然し、標識が有するこれら利益状態が定量化・客観化され難いということは、それら利益が標識の利益内容を組成しないということではない。標識がかかる利益状態を市場において形成する以上、その利益状態を標識の包含する利益内容として保護することが必要である。ただここで保護されるのは事実上の利益状態であるため、侵害的行為の不作為、禁止請求等が中心となり賠償的請求については立証の困難を救済する方法が講じられることが必要となる。

このような事実上の利益状態は、企業者とその取引の相手方乃至消費者との経済的交渉によって形成されているので、ここでも又標識の帰属主体の利益とは別に、消費者等が当該標識を通じて形成している信頼及び企業イメージ、企業に対する積極的な態度等の毀損という侵害も別個に検討されなければならないが、これらの不利益は、消費者等が標識を通じて当該営業等と与えている信頼を毀滅させられたことの具体的、個別的効果にはかならず侵害行為も被侵害利益もその基盤を共通にするため、同一面において一括して論ずることが可能である。

以上のことから、営業に関する標識については、その標識を利用する面とそれら利用に対する阻害行為及び標識を通じて形成された信頼侵害に対しては、民法的権利保護の理論により権利の救済を以って足りるが、市場における標識に関する事実上の利益状態は市場における自由競争の枠組の中で標識帰属主体と消費者との相互交流によって形成される可变的、相対的な利益内容であるから、その法的保護も民法的、靜態的な解決では妥当ではなく、可变的事実上の利益状態としての保護が必要となると共に、消費者等の利益をも含めて標識の保護が考えられなければならないことになるのである。

(1) 商標についてはその社会経済的機能として一般に出所表示作用、品質保証作用、広告作用等が挙げられるが、標識を商標に限定せず広い意味で扱えた場合商号や営業標等を含むことになり、その機能も企業主体や企業そのものにかかわる作用を有することになり、企業と顧客との結びつきを架橋するものとしての作用も見逃すことができなくなる。

(2) このような可変的な利益は標識などの固有な内容としてそれら範囲まで排他的支配権として構成することが妥当でないことは明らかであろう。これら事実上の利益状態を標識固有の確定的利益内容と一応區別して、物権的支配権の効力として利益の保護を考えるのではなく一般的利益に対する違法な侵害——即ち事実上の利益或いは関係の侵略——として不正競争法の保護の対象とする説もある(四宮和夫「不正競争と権利保護手段」法律時報三一巻二号、一六頁以下) 同様に「不正競争の理論は、正しく営業財産の中でしかも各種の構成要素とは独立に生産諸因子の組織体を保護し、且つ将来この組織体から派生する成果を保護しようとするものであるが……」として、事実上の成果利益については不正競争の理論により解決が与えられるべきであるとする考え方もある。Mario Riondi「Pour la création d'un système du Droit Industriel」

### 三 現行法における各種標識

現行法体系において、営業に関する各種標識——商号、営業名、営業標、ハウス・マーク、商標、サーヴィス・マーク、原産地名、原産地表示及び出所地表示——が独立の権利として承認され、その権利性に基づいて保護が為されているわけではない。

これら標識の保護を概観する前に、それら標識が独立の権利性を法上認められているか、また独立の権利性が認め

られる一般的適格を有しているかを検討しなければならない。

商号に関しては、商法第一六条以下において独立の権利性を承認し、商号に関する利益を積極、消極両面に亘って保護している。

ここで問題となるのは、商号の権利性の承認が商号の登記を前提とするか否かである。

商号に関する利益は、商号帰属主体がこれを他人に妨げられることなく使用すること、他人が同一又は類似の商号を不正に使用することを排斥して商号に附着吸収された利益を擁護することである。この点から見れば、商号は登記の有無に拘らずそれら利益を保証されているから、その権利性の承認は登記の有無に関わりなく認められているといふことができる。蓋し、登記前の商号についても商号の使用権が一般的に認められ、商号専用権も登記を前提とせず、に商法二〇条一項、同二一条によって認められ、登記商号と未登記商号の差異は、商法二〇条二項による不正競争の目的の推定が働くか否かの点にとどまるのであるから、両者の実質的内容は異らないといふことができ、権利性そのものに差異があるとは言い得ないのである。

次に商標の権利性に関して、商標法二条は商標を「文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であつて業として商品を生産し加工し証明し又は譲渡する者がその商品について使用するもの」と定義し、同法一八条一項は商標権は設定登録により発生すると規定し独立の権利として成立を設定登録の時とし、この時点から当該商標を独占的に利用する権利を認めているのである（同法二五条本文）。従って商標権も亦現行法上独立の権利性が認められているということが明らかである。

営業名、営業標、ハウスマーク、サーヴィス・マーク、原産地名、原産地及び出所地表示等に関しては、これを独立の権利として認め保護するという規定は存しない。唯だ、不正競争防止法一条においてこれら各種標識の営業主体及び商品の主体並びに商品の品質、内容、数量を誤認させる行為を禁じ、それら行為によって損害を蒙った営業主体の救済を規定している。

この規定について問題となるのは、これら各種の標識に関し、その帰属主体に認められるこれら救済を根拠として、各種標識に独自の権利性を認めたものと言うことができるかである。

不正競争防止法一条におけるこれらの規定内容は、標識そのものの侵害を救済するものではなく、一条本文に規定するようにそれら混同、誤認行為の結果営業上の利益が害される虞れがある場合であって、侵害の客体はあくまで営業上の利益であって、標識そのものではない<sup>(2)</sup>。

営業上の標識の剽窃、冒用はこれら営業上の利益侵害の手段に供されるにすぎないことに留意しなければならない。従って標識の剽窃、冒用と右規定が禁じているからこれら標識の権利性が認め得るとするのは速断に過ぎるのである。

然し他方、これら各種の標識は前述の如く営業そのもの、営業主体及び商品の出所等の表示、保証作用、市場における事実上の利益状態を形成しているとすれば、標識そのものの剽窃、冒用は直接営業上の利益を害すると言い得る場合もあり得ることになる。このことは、換言すればこれら各種の標識が営業上の利益の中で固有独立の権利として包摂され保護されているという結論を導き出すことも可能となるのである。

従って、不正競争防止法における営業上の利益、言い換えれば同法の保護法益は何か、如何なる行為に対して如何なる利益乃至権利が保護されるのかを明らかにする必要がある。

当初不正競争防止法によって保護されるのは、営業活動における営業主体の人格であるとされたが、<sup>(3)</sup>営業活動を人格の発現として見ることは個人の人的信頼のみの評価にとどまり財産的な利益保護が充分でないとして、次に同法による保護法益は、企業或いは営業を包括する企業権であり、企業権侵害行為が不正競争防止法の効果を生ぜしめると解されるに至った。<sup>(4)</sup>然しこの説も総括的一体としての企業権なるものが認め得るか否か疑問とされ、企業に対するあらゆる侵害行為が当然違法となるものではなく、競業について不正競争行為に該当する場合のみ違法となるのであるからかかる客体を権利として構成するのは妥当でないとされている。<sup>(5)</sup>

従って最近では、不正競争防止法における保護客体は特定の権利そのものではなく、企業主体が市場で形成した有利な地位という事実上の関係又は利益状態であるとされている。<sup>(6)</sup>

即ちロトンディ教授によれば、産業法の体系は、不正競争、競業の諸約款、法律及び契約によって規定された自由競争の制限の研究を必然的前提として構想されなければならないが、これらの前提を為すものが営業財産であるが、これら営業財産は一つの物でもなく一つの無形物でもない、企業を発展的に運用する内在的エネルギーを秘めた統一的集合財産であり、不正競争理論において保護の対象として考慮されているところのものは、これら営業財産の中で、しかもその各種構成要素とは独立に、生産の諸因子の組織であり且つこれら組織体から将来派生する成果であるとされ、<sup>(7)</sup>四宮教授は、不正競争によって侵害されるのは、営業活動それ自体ではなく、財産的側面において支配権的

財産権としての企業（直接侵害の場合）および営業活動の成果たる顧客獲得可能性であり、人格的利益の側面では名誉、信用、氏名等の排他的な人格権であって顧客獲得可能性が被害法益の大部分を占めるとされる。

鈴木教授も、企業は単純な権利義務の集合ではなく、社会的活力ある組織体であるとしながらも、この一体たる企業の上に一個の権利を認めることについては否定的であり、これら企業の侵害に対しては、既に実定法上具体的に承認されている権利については、それら権利の個別的侵害として、具体的な権利としてとらえられぬ残余の価値を営業上の利益として保護を要求する、即ち建物、器具等の営業財産から引き離れた抽象的な事実が侵害の対象を形成するとされているから、不正競争防止法の客体として主な内容を為すものは営業において形成された市場における事実関係であると解することができよう。<sup>(8)</sup>

このように、不正競争防止法の保護の内容を為すものは、企業者がその企業活動を通じて市場において形成した事実上の利益状態を不正な競争方法により阻害、毀損されない利益であり、それら事実的利益状態は主として商号、商標、営業標等自他の識別標章を通じて形成され生み出されているため、これら識別標章の剽窃、冒用による営業上の利益侵害を禁じたものであって、営業上の標識そのものを直接保護したものではないのである。

むしろ不正競争防止法は、標識そのものが個別的権利として成立している場合には、その標識そのものの保護はそれら権利性を承認している法により保護されるべきことを予定しているのであって、不正競争防止法一条により未登記商号、未登録商標及び営業標等が保護されるような結果になるのは、それら営業上の標識が剽窃、冒用されることによって営業上の利益が害されるために、標識の剽窃、冒用が禁じられることの結果である間接的、反射的効果にほか

ならず、これら効果は相手方に営業上の利益を害されることを理由（標識を侵害したことを理由にではない）に消極的に侵害行為を止めること及び損害を賠償することを認めるにすぎず、標識帰属主体に、積極的には標識に関する利益内容を法上定めてこれを確定する意義を有するものではない。

従って不正競争防止法による営業上の標識の保護は、各種標識について独立の権利性を承認したものであることを得ないから、実定法上独立の権利性を認められているのは商号及び商標のみにとどまり、他の標識は、営業上の利益を形成する範囲内で消極的に法の保護が及ぶにすぎないと言いつ得るのである。

然し、営業上の標識については、商号、商標のみが権利としての保護の適格を有し、その他の標識が権利としての保護の適格を有しないと言いつ難い。

一般に、標識のように無形的な存在を表章するものを権利として構成するためには、それら標識が、財産的内容を含んでいるのみならず、使用収益権及び自主的処分の可能性を保有する場合に限って始めて、抽象的存在の上に権利が独立別個なものとして成立が認められるのである。

営業名、営業標、サーヴィス・マーク、ハウス・マーク等は当該営業及び営業活動を示すものとしてそこに附着吸収された営業上の価値評価はきわめて高い財産的利益を含むことは争いつ得ないし、これらの標識が営業に関し自由に用いられ、それら利用を通じて絶えず標識帰属主体に一定の利益を与えていることも事実である。これら標識の自主的処分の可能性についても、それが営業主体の創造的産物であり、個人的帰属物として他に譲渡し或いは自らこれを廃止する等の処分の可能性が認められ、近時に於けるこの種の標識の社会的重要性に鑑み、独自の権利として的一般

的適格及び現実の必要性を充分に具備しているものと言わなければならない。

ことに商標とサーヴィス・マークの差異は前者が商品に附着して用いられる標識であるのに対して、後者は商品以外の役務の提供を業とする者がその業務について使用する標識であるという一点において異なるのみであり、サーヴィス業の近時における取引社会に占める重要性は商品取扱営業と異なる所はなく、前者が独自の権利性を承認されている現在、後者に対する権利性の承認も又当然に為されなければならないものと解される。<sup>(9)</sup>

また営業標、営業名、ハウス・マークも営業そのものを表章する名称又は記号として商号との類似性が見られ、兩者の本質的な差異は、それら標識によつて表章されるのが営業主体であるか、営業そのものであるかという点に存する。然るに近時の企業活動においては、企業主体の信用は、企業そのものの信用と一体化し、企業主体のみが、営業を離れて営業上の信用の対象として発現するということはほとんどないと言つてよい。この結果営業に関する名声の維持や信用性は、営業標等が商号に比して優るとも劣らずに化体していると言ひ得るのである。従つて営業標等に関しても又独自の権利性を承認すべき必要性があると言へるのである。

次に表装であるが、これは商標が商標法二条一項によつて、「文字、図形若しくは記号若しくはこれらの結合又はこれらと色彩の結合」とその表現形態が限定されるため、その他の商品の容器、包装等で一定の者の商品たることを示す表示方法が商標と認められなくなる結果生じたものであるから、その法的内容としての一般的適格は商標と異なるものではなく、またこれら商品表示形態の法的保護の必要性は、デパートの包装紙の冒用行為がデパートの利益と消費者の信頼を如何に害するかを想像しても明らかである。従つて、これら標識が商標権の一内容としてであれ、或い



は独立の権利としてであれ、権利性が承認され法の十全な保護が為されるべきことは明らかである。

次に原産地名、原産地及び出所地表示である。原産地名とはそれら商品・製品が産出された土地の名称であり、出所地とはそれら商品が製造又は加工された場所を言うのであって出所地には原産地が含まれないと解されている。

このような名称や表示は独自の権利性を承認すべき適格があるであろうか。

これら原産地、出所地の名称や表示の使用が認められるのは、商品・製品がその地方において産出製造されるからであって、その意味において地縁的拘束を受け、営業に関する個人的利用権たる性質を有するものではない。

また当該地域を離れて、営業者の自主的行為によって第三者にこれを自由に移転せしめ得るものではない。

かかる表示又は名称は、その地域において産出する商品・製品を取扱う者がそれら商品・製品に関し一般的に使用することが認められる標識であって、特定営業者の個人的利益として法的保護を与えられるべきものではない。

唯だ、それら地域以外の商品・製品に附され或いは、同地域に於ける商品・製品であっても一般にそれら標識が担保している品質を備えないものに附して用い、市場に於ける当該商品・製品の事実上の利益状態を低落させる場合に、それら剽窃、冒認或いは濫用行為を消極的に阻止し、事実上保護が与えられるにすぎないのであって、これら保護は原産地、出所地の名称又は表示そのものに認められた保護ではなく、それら潜称を通じて招来される営業上の利益侵害があれば足り、名称、表示を個人的な独立の権利として保護する適格はない。

蓋し、原産地や出所地の名称及び表示は、当該地域に於けて多数人一般の利益内容を形成しており、これを個別的主体に還元することは出来ず、またこれら一般的利益もそれら標識の潜称が各個人の営業に何等かの不利益を与える

場合後発的消極的に法的救済が図られるのであって、標識の潜称自体につき法の禁止乃至不作為が作用するとすれば、それは国民経済上一般消費者の信頼保護という観点に立つ政策的・行政的取締規定たる意義を有するにすぎず、これらを以って独自の権利性承認の基礎とすることができないことは明らかである。

以上論じて来たことの結論として、営業標、営業名、サーヴィス・マーク、ハウス・マーク、表装等は実定法上私的財産権として独自の権利性を認められているものではないが、独立の権利として認められる一般的適性と社会的必要性が存するから、法律上独立の権利としての位置が認められている商号及び商標に準じてその法的保護を拡張されるべきであるが、原産地、出所地等の表示又は名称は市場に於ける事実上の利益状態として保護されれば足りるものと解される。

(1) 商号の権利性という場合従来講学上論じられている如く商号使用権・商号専用権を含むものとして考えることも、事実上商号を使用しうる利益として考えることも共に妥当ではない。商号が一定の商人に使用が認められ、これを妨げられた場合には法的救済が保障されていることを以って権利性ありとすべきである。即ち権利の積極的効力とその効果の消極的保障が不可分一体の形で法的に保護されていることが必要とされ、社会的な事実上の利益として不法行為から保護されるのみでは足りないが、他方排他性まで認められなくとも権利としては認めること当然だからである。

(2) 四宮教授が不正競争防止法における行為の差止請求権と損害賠償請求権の説明で営業に關する独立包括的權利侵害として構成を否定され、行為の違法性にその根拠を求めているのは、標識そのものの権利性を右規定が承認しているものではないことを前提とされているようである。(「不正競争と權利保護手段」法律時報三一巻二号一八頁以下)

(3) Kohler, Der unlautere Wettbewerb, S. 18 (1917)

- (4) Baumbach-Hefernehl, Allg., Ann. 48; J. Gierke, Handelsrecht und Schifffahrtsrecht, 7. Aufl., 1955, § 141. II.
- (5) Nipperdy, Die Frage des Schutzes des Unternehmers nach § 823 Abs. I B G B, Beiträge zum Wirtschaftsrecht, II, 1931, S. 455 ff.
- (6) 四宮和夫「不正競争と権利保護手段」法律時報三一巻二号一八頁、染野義信「不正競争概念の再構成」法律時報三一巻二号三三頁以下
- (7) Mario Rotondi「産業法 droit industriel」の体系創設のために」法学協会雜誌七三巻一号四頁以下
- (8) 鈴木竹雄「流通の対象たる企業と侵害の対象たる企業」法学協会雜誌五九巻九号二〇頁以下
- (9) サーヴィス・マークのこのような重要性に鑑み、アメリカでは一九四六年に、カナダにおいては一九五四年に施行された商標法により商標と同様な保護が為されている。

#### 四 現行法における保護と効力

営業上の各種標識の現行法における保護と効力を考察するにあたって、これを積極的利用処分権と消極的保護権の二面に分つて論ずるのが妥当である。何故なら、各種標識が現行法独自の権利性を等しく認められているものではなく、或るものについては消極的保護権の面にのみ法の保護が及んでいるに過ぎないことと、<sup>(1)</sup>或るものについては積極的利用処分権の不可侵性の効果として消極的保護権が認められる他、市場における事実上の利益状態の保護の反射的効果として標識の消極的保護権の範囲が拡張される結果、積極的利用処分権の範囲と消極的保護権の範囲が必ずしも

一致していないからである。<sup>(2)</sup>

## 1 積極的利用処分権

積極的利用処分権の内容としては、他人に妨げられることなく、自ら標識を利用する自主的利用権と、標識を第三者に利用せしめる第三者利用権、標識を債権担保として利用する担保的利用権及び標識を自らの意思に基づいて処分する処分権が考えられる。

(一) 自主的利用権 商号については、商法上その権利性が承認され法律上の制度としてその使用が認められている。この利用権には二種あり、併存的利用権と排他的利用権がそれぞれである。

併存的利用権は、一般には商号使用権と言われるもので、商人がその営業に関し当該商号を他人に妨げられることなく使用する権利を言うのであるが、かかる権利は商号の登記の有無に拘らず、また同一又は類似の商号が登記されている場合にも不正競争の目的がない限り、認められるのである。

蓋し、商法一九条は登記上の手続規定であって、同条より同一又は類似商号の私法上の禁止的効力を導き出せるものではなく、同法二〇条一項及び二二条一項は、未登記の同一又は類似商号の使用権の存在を前提としているからである。

商号の排他的利用権は通常商号専用権と称されるが、この権利が認められるためには登記を要するか否かについては争がある。

他者の同一種類の権利を排斥し、自らの権利を優越的に主張するためには、それは何らかの公示方法を具備し、その他者との関係で存在を明らかにしておかなければ、徒らに他者の権利を禁圧拘束することになり不当である。この意味で商号の排他的利用権が認められるためには登記を要すると為す立場に理由なしとはいえないが、商法二一条一項及び不正競争防止法一条一号（但しこれは営業上の利益を害する虞あることを要件として同一又は類似の商号使用の排斥が認められ、商号権そのものの効力とはいえないが）においては未登記商号についても排他的利用権を認めている現行法の立場と矛盾する。従って現行法の解釈としては、登記を必ずしも要件としているとは言えない。然し公示方法を欠く商号に排他的利用権を認めることの不合理は民法上の公示制度の存在理由を持ち出すまでもなく明らかである。これら両者の調和は、不正競争防止法にも現われているが、排他的利用権を社会的に安定ならしめる公示方法は、この場合法定の登記に限らず、取引社会における事実上の公示方法を以って排他的利用権認証の基礎とすることもできると解されるのである。

即ち、不正競争防止法一条一号により同一又は類似の商号を排斥するためには、請求権者の商号が「広く認識されている」ことを要するとされ、商法二一条一項により登記なくして排他的利用権が認められる商号は、實際上その商号が相当程度周知のものであることを要すると解されている。

ここで広く認識され、或いは相当程度周知であるとは、取引社会に於いて当該商号が何人のものであるかについて知られていることであるから、法が登記という公的制度によって形式的に果そうとしている公示性を、事実上具体的・実質的に果しているのである。

従って、商号の排他的利用権は、登記商号及び未登記商号でも事実上の公示性たる周知性を有する商号については、これを認めることができるのである。<sup>(3)</sup>

商標の自主的利用権に関しても、商標使用権と商標専用権が考えられるが、商標法一八条は「商標権は設定の登録により発生する。」と規定し、同法二五条は「商標権者は、指定商品について登録商標を使用する権利を専有する。……」として登録商標に関しては商標使用権及び商標専用権としての効力が認められることを明らかにしている。そこで次に問題となるのは未登録商標は権利としての成立を認め得るのか否か、仮りに認められるとすれば如何なる効果が認められるかである。

商標法一八条は、商標権が設定登録により発生すると規定しながらも、同法一三条二項により商標登録出願により、一定の権利が成立することを認め、不正競争防止法も登録前の商標について、商標帰属主体が営業上の利益を害されることを要件として、自己の商標と同一又は類似の商標使用の排除請求権を認めている。のみならず商標法三二条に於いて商標使用の事実及び周知性を要件として、商標につき登録の存在を前提とせず使用権を法上認めている。従って商標に関しても権利性は同法一八条の規定に拘らず、登録の有無に拘らず認められるものであり、かかる未登録の商標は限定的な効力を有するにすぎず、商標法上の包括的な効力、保護が十全に認められるためには登録を為すことを要するというにすぎない。

未登録商標に関しては、一般的にその使用権が認められているが、登録商標の排他的効力として、登録商標と同一又は類似の商標を使用する行為が商標権侵害と看做されて排斥されるから（商標法三六条一項・三七条一号）この限度

において未登録商標の使用権は制限される。然し、かかる未登録商標が商標使用者の業務に係る商品を表示するものとして需要者間に広く認識されている場合には、同法三二条により先用権として、登録商標権者の権利を制約して認められる。

これら兩規定は、商標法における登録主義の原則と使用事実の尊重との調和の結果であるが、このような規定を前提とする限り、未登録商標は周知性を有しない限り、登録商標の存在によりその使用は妨げられるから、権利として法律上保護されるものではなく、商標法一三条二項による法上の利益は商標出願者の手続上の地位の保護に止まり、未登録商標使用者の私的利益は、事実上の商標使用に限定されるのである。これに対し、周知性を有する未登録商標使用者の利益内容は、単に事実上の使用に止まらず、先用権の名のもとに他人に妨げられることなく当該商標を使用できる法上の確定的権利性が認められるばかりではなく、更に進んで商標専用権も認められる。

蓋し、商標法四条一項十号は、周知性を有する未登録商標が存在する場合には、当該商標と同一又は類似の商標の登録は認められないとして、商標法上の十全な権利として発生することを認めず、更に不正競争防止法一条一号において、周知商標と抵触する同一又は類似の商標の使用と営業上の利益侵害ということを条件として排除しているから、結論的に、周知の未登録商標には同一又は類似の商標権の併存的成立を否定して自らの権利を優越的に主張する効力が認められることになるからである。

営業名、営業標、サーヴィス・マーク、ハウス・マーク、表装、原産地、出所地名称又は表示は、実定法上その権利性を認める規定がないから、これら標識の利用権が認め得るか否かは、これら標識に関する法規制として存在する

断片的規定の総合的解釈によらなければならない。

不正競争防止法一条は、これら標識を用いて営業主体を混同させる行為又は商品の主体、商品の原産地、出所地を混同誤認させる行為を禁じている。然し右規定は前述のように、これら標識の剽窃、冒用行為がひいては営業上の利益を害することによって禁止されるのであって、そこで法上保護されているのは、営業上の利益、換言すれば当該営業の市場における事実上の利益状態であって、手段として使いられた標識そのものの利益ではない。

仮りに極端な場合として、標識そのものの剽窃、冒用が標識の社会的機能を稀薄化、低下させるそのことが営業上の利益侵害と直ちに看做しうるとして、同法一条乃至一条の二による救済を受けることができるとしても、それは、これら各種標識に関する権利性の承認即ち利用権の成立を前提とするものではなく社会的事実として存在するこれら標識の利益を事実上保護しているにすぎないと言うべきである。

このことは、鈴木教授が「流通の対象たる企業」の中で明らかにされたものであり、また、不法行為理論において、近時権利侵害と言う要件は必須のものではなく、行為が侵害態様及び客体との関係において違法なものであれば足りるとして、権利としての存在を必ずしも要求していないことから理解することができる。

然し、次に不正競争防止法一条一項が同一又は類似標識使用に関し差止請求権を認めていることから、差止請求権を発生せしめる本体的支配権の存在を想定し、排他的権利たる標識に関する権利の成立を認めるべきであるという理論が考えられ得ないわけではないが、各規定において差止請求権を発生せしめ得る本来的利益内容は、営業上の利益であって、標識そのものではない。同条の規定は自由競争の市場において、営業上の利益と営業上の利益が相衝突す



る場合に、不正な手段による競業により他人の営業上の利益を害する行為に、営業上の利益保持の観点から差止請求を認めたものである。<sup>(4)</sup>従って、標識は両営業に於ける営業侵害行為の手段としては対応するものではあるが、差止請求権発生基盤たる権利として対応しているものと言うことはできないのである。

以上の理由から営業名以下出所地表示に至るまでの営業上の標識は、社会的事実としてその使用が認められているにすぎず、権利として法上その利用権が認められているものではないと結論することができ。

(二) 第三者の利用権 標識は、その社会的機能として必然的にその取引の相手方乃至消費者との相互関係を生ずる。従って標識をしてその本来的帰属主体以外の者に使用せしめる場合には、これら取引の相手方等の関係において第三者の利用権の範囲、効力を定めなければならないことになる。

商法上商号を第三者に使用せしめることを直接認める規定は存しない。然し、商号の他人使用を全く認めないものではなく、商法二三条において、自己の商号の使用を他人に許諾した者の責任を規定しており、商号の第三者利用権の存在を認めている。これら利用権の設定は当事者間の債権契約によって為されるが、利用権の範囲は当事者の合意によって定まり、その効力も商法が商号に関して認める範囲内で契約の定めるところによることになるが、かかる同一商号の第三者使用による一般公衆の不利益は商法二一条乃至二二条及び不正競争防止法によっては救済することができず、単に商号の本来的帰属主体の債務に関する連帯責任を以って救済されるにすぎない(商法二三条)。当事者間においては、不正競争防止法の規定をまつまでもなく、債務不履行等の活用によって妥当に律することができるが一般公衆の利益は商法二三条の規定を以て必ずしも充分とは為し難く、一般公衆保護の規定が必要であると考えられ

る。

商標法三〇条乃至三一条は商標権者の許諾による商標の第三者的利用権を認めている。

同法三〇条による権利は専用使用権と称され排他的使用者として、他者の商標使用権を排除する効力を有するものであるが(同法二五条但書、三六条)、三一条による使用権は通常使用権と称され、併存的、債権的に当該商標を使用する権利であるとされる。

商標につき、かかる第三者的利用権設定を認めたのは、商標の使用によりその商標に化体された信用が増大した場合、その信用を利用するため商標を使用することを希望する者が存在するし商標権者としても特定の資本的人的關係から、譲渡以外の方法によって特定の第三者に商標使用をなさしめることが必要な場合もあるとされている。

確かに、かかる経済社会における実際上の必要はあるとしても、商標はその主たる利益内容が物的所有権等の有形的客体の個人的使用収益ではなく、取引社会における一般公衆が当該商標を通じて商品に与えている信用が商標権者の有する主たる利益なのであって、一般公衆が与えている信頼を抜き去っては商標の利益内容は無に等しくなる。従って商標の第三者的利用権の承認は、一般公衆の信頼維持を前提としない限り、両者の利益は著しく権衡を失することになる。

商標法は公衆保護の規定として五三条において使用許諾を受けた専用使用権者又は通常使用権者が、指定商品又はこれに類似する商品について商標を不当に使用して、需要者に商品の誤認・混同を生ぜしめた場合には、審判により登録を取消すとする制裁規定を設けているが、商標権者が黙認する限り、審判により取消を受けた者にも事実上の使

用権が残るから公衆の保護としては不充分であり、第三者的利用権設定そのものにつき、イギリス法のように、審査手続を要することとし、公衆保護の見地から権利設定につき広い裁量権を認めて調整すべきものと考えられる。

営業標以下現行法上その独自の権利性が認められない標識に関しては、第三者的利用権の設定は法上認められないのは当然であり、唯だ当事者間の合意により、社会的事実として存在するこれら標識を第三者に債権的に利用させることは認められるが、それら効果は契約一般の理論によって決せられ、その主たる内容は利用権を与えるということではなく、一定の標識の利用を黙認する、受忍する或いは妨害しないという不作為債務が主要な内容を為すことになるであろう。蓋し、権利として成立していないものに関し利用権を設定し得るとするのは背理であり、事実上標識に關して成立している利益を与える契約内容は、相手方にそれら事実上の利益を帰せしめる作為、不作為によって充たされることになるからである。

ただここで注意しなければならないのは、原産地、出所地等の名称又は表示は如何なる意味においても、第三者的利用権の対象たり得ないことである。かかる標識は個人的利益に還元しきることが出来ない地縁拘束を有し、且つ、当該地域に存する者について一般的利用権が等しく認められることが原則であるので、当該地域以外のものに利用権を認めることを得ず、また同地域内のものについては利用権設定を認める必要がないからである。

(三) 担保的利用権 物権法定主義を採る現行法の立場から、法律で定める場合を除いては、物権を成立せしめ得ない。従って法上独立の権利性を認め得ない営業上の各種標識に関し、当事者の合意により或いは法の間接的、反射的な効果により一定の使用或いは消極的保護が及ぶ場合はあっても担保権の成立を解釈上認めることは出来ない。

法が営業上の各種標識に関し、担保権の成立を認めているのは、商標の場合のみである。

即ち、商標法三四条一項は、商標権、専用使用権、通常使用権を目的として質権を設定することができる規定し、質権設定の効果として、設定契約において別段の定めをした場合を除き、質権者は当該質権の目的なる商標に関する権利を使用することができないとする。右規定は、設定契約で特約しない限り質権者に実施権が認められず、質権の目的物が有体物でない商標権なので、質権の本来の効力を果し得ず、登録が質権の成立要件とされ（三四条三項）商標の信用維持の観点から質権設定者に実施権が保留されると解されているので、ここで言う質権は内容的には、優先弁済権を中心とした実質的には抵当権と同一内容の登録質たる性質を有する権利であると言えることができる。

今次の工業所有権法改正に関して提出された答申においても、特許権の質権に関する規定を抵当権に改めること、特許権者に実施権があることを明らかにし、商標権に関する質権の規定についても、特許権に準ずる方針が採用されたが、実定法化の段階において濫除に関する規定の適用をめぐって困難な問題が生じ、実現されずに終わったとされている。

担保的利用権として実定法上規定されているのは、商標権に関する質権のみであるため、他の担保的利用権が一切認められないかの如くであるが、商標権商号権については、譲渡性を本質的に否定されるものではないから、商標権者、商号権者の総財産につき一般の先取特権が成立する場合には、商標権、商号権も総財産の一構成要素としてかかる先取特権の客体たり得るものと解される。特に商号は、営業と共に或いは営業を廃止する場合でなければ譲渡性が認められないが（商法二四条一項）、かかる場合は営業と共にする場合であるから、先取特権の成立が認められるであ

ろう。

これと同様に、企業担保法及び各種財団担保権の目的の一部を商標権、商号権が構成するのは勿論、譲渡担保の目的をも同様に構成するものと解される。

(四) 処分権 営業上の各種標識が経済社会において一定の社会的機能の故に一定の利益が認められると、これら利益を相互交換するために標識の譲渡が問題となる。

そもそも権利或いは利益内容又はこれらの目的が個人的財貨であるならば、それら権利又は目的物の譲渡或いは処分は、当該権利者又は利益帰属主体の自由意思に委ねてこれを認めることも可能であるが、権利又は目的物が社会性を有し、或いは社会的存在である場合には、それらの譲渡又は処分がその社会的性格の故に制限を受けざるを得ない。

営業上の標識が有する利益は、営業、営業主体、商品、サービス等を他者のそれらのものと異なることを表示し、自己の信用名声を維持しつつ市場における経済的地位の優位性を保持し、営業活動を有利に展開することであり、これら機能は、取引社会に於ける相手方たる一般公衆がその標識に与えている信用性・信頼性との相互関係によって形成されている。

この意味で標識そのものは客観的存在として個人に帰属するといえ、その権利又は利益内容を為すものは一般公衆がその標識に与えている信頼が本質的内容を為すものであり、標識帰属主体は、その信頼を通じて標識の利益を受けるといふことができるのである。

従つて營業上の標識の譲渡、処分においてかかる一般公衆の信頼を維持し、これを裏切らない方法が考慮されるのでなければ、一面において一般公衆の利益を害するばかりでなく、当該標識が有していた利益内容の大半を失うことになり、譲渡等によって果さんとした経済的意図も充されない結果となつてしまふ。

現行法上商号、商標に関してその財産権的性質から、譲渡性を認めながらも、その社会的存在に基づく法規制を各々異にしている。

即ち、商号においては、権利変動は当事者の意思表示によって効力を生じ、登記は對抗要件に過ぎない（商法二四二条二項）のに対し商標にあっては形式主義がとられ、一般承継の場合を除き、当事者間合意及び登録がなければ譲渡の効力を生じないとされている（商標法三五条・特許法九八条一項一号）。

民法上物権変動に関し意思主義を採る法体制の下で、形式主義はなじみ難い点もあるが法律關係の確一的な確定と一般公衆の保護の点から言えば、商標法における制度がより優れたものであることは多言を要しないであろう。

次は譲渡についての制限である。商法は商号譲渡に関し、營業を廃止する場合並びに營業と共にする場合でなければ、商号を譲渡することができない（商法二四二条一項）とするのに対し、商標法においてはかかる制限を認めず、營業と分離して譲渡することを認めた。商標は指定商品に附着することによって商標としての特定性を有するのであるから、商品と分離しての商標の譲渡は考慮する必要がないが、營業と分離した譲渡を認めることの可否は問題となる。

商号を統一的に考察するならば、營業と分離して為す譲渡も營業を廃止する場合ならば譲渡人と譲受人の營業を一般公衆が混同する危険は少ないであろうし、營業を廃止する者に対して、これら標識に附着する財産的価値を処分換

価することを容易ならしめるという理由からこれを肯定することができる。

然し、商標を營業と分離し、讓渡人の營業が讓受人の營業と取引界において併存的に活動している場合にその讓渡を認めることは問題がある。

この場合において、讓渡当事者たる營業者の利益から、商標の自由讓渡性を認めたものと解すれば、それは商標の本来の性質と機能とを忘れた一方的なものになってしまうであらう。ここでは、商標の營業から分離した讓渡が一般公衆の信頼を裏切らないか、又は信頼を繋ぎ止める方法が構じられているか否かによって、その適否が定められるであらう。

分離讓渡を認めない旧商標法から新法への改正にあたって、改正論者は、商標権の財産権的性格と共に、商標が有する品質保証作用が營業者の企業努力により維持される場合、近時における大量生産の下で商品が複雑な流通機構を通じて取引される經濟社会において、需要者が商標をてがかりとして予期していたと同一の性質、品質を具備する商品を手し得れば、生産者、販売者の個別性はささまで重要性を有しないとする。<sup>(5)</sup>

明らかに、大量生産に適した類型的の商品に関してはこのような理由が妥当するが、取引界に存在する商品は多様であり、製造、製作上特殊な技術を要するものもあり、特殊な原材料を要する場合もある。營業と分離した讓渡の場合のような技術、方法等は必ずしも讓渡の対象とはならず、讓受人の營業上の努力も品質保証作用を十分に担保するとは言い難い、まして商標讓受人たる營業者が營業政策上品質保証のための努力を怠る場合には、一般公衆の信頼を害すること著しいものとなる。

従って商標の分離譲渡を認めるためには、一般公衆の信頼保護のため、公示制度と、違反行為に対する制裁がなければならぬ。

現行法はこの点に関し、商標を譲受けるにはその旨を日刊新聞紙に公告することを要するとし、その公告があった日から三〇日を経過した後でなければ、商標移転の登録をすることはできないとしており（商標法二四條三項、四項）登録は効力要件とされているから日刊紙の公告はこの意味で効力要件の一部を構成していると言ひ得る。

日刊紙の公告が一般公衆に対する譲渡の事実の公示を如何なる程度果すかは疑問であるが、公示性の一応の保証を為していることができる。

次に一般公衆がその商標を通じて与えている商品の品質に対する信用を害する行為についての制裁規定であるが、商標法五一條による商標の取消は、類似商標を使用することの効果であつて、商標が同一性を有する限り指定商品の品質を劣悪にして需要者に商品の品質の誤認を生じさせた場合には適用されないし、不正競争防止法による商品の品質誤認せしめる行為の差止請求などの営業者個人が請求権者であり、一般公衆にかかる請求権を与えるものではないから救済にはならない。

商標を営業と分離して譲渡を認める場合の一般公衆の利益保護としては、現行法上の規制は不充分であり、欺瞞的商標使用に関しては、これを取消し得る規定を設けるか、或いは商標法五一條の解釈をかかる譲受人の行為にまで拡張せしめ得る改正を為すと同時に、商標登録の表示に営業と分離した商標の譲渡があつた旨を、商品には従來の營業商品と異なることを、混同を防止させる観点から表示し、伴わせることが必要であると考えられる。<sup>(6)(7)</sup>



商号、商標以外の営業上の標識の譲渡は、それら標識が現行法上独立の権利として認められていないが、それらに有する社会的利益の譲渡として認められる。殊に営業標以下不正競争防止法によって間接的消極的にもせよ保護されるから、かか標識の譲渡は、少くとも譲渡人による譲受人に対する営業上の利益を害する標識冒用の不正競争であるという主張を封ずる実定法上の効果を生むのである。

唯だ、このように譲渡性を認めた場合、現行法は一般大衆保護のための法規制を欠くため公衆の蒙る不利益は大きい。実定法上の規定がこれら標識の権利性承認を前提として統一的法規制が為されることが期待される。

## 2 消極的保護権

営業上の標識の第三者による侵害に対する保護、換言すれば消極的保護は、標識が公示性を具備し実定法上排他的権利と認められる故に第三者の利用行為を直ちに排斥して保護される場合と、第二に営業上の標識が実定法上独自の権利性は認められないが、それら標識が有する事実上の社会的利益を侵害する第三者の行為が不法行為となり、不法行為に基づく損害賠償として民法上の一般原則により保護さるべき場合、及び第三として、標識そのものを直接保護するものではないが、自由競争の経済社会にあって営業上の重要な利益を構成している場合、第三者がこれら標識を冒用、剽窃することによって営業上の利益を害する場合、それら不正な競争を抑止し営業上の利益を擁護するために、手段となっている標識の冒用、剽窃を差止め、損害の賠償を求めることのできる結果として、附随的・間接的に保護される場合の三つの面がある。

第一の場合は、排他性ある全面的支配権として、標識は物権と類比すべき性格を有するから、その侵害に対しては民法上の一般理論を類推して差止請求その他の物権的請求権が認められるほか、不法行為については民法七〇九条以下の規定が適用さるべきことは明らかである。

第二の場合、実定法上その権利性の承認が為されていないため差止請求等の排他性ある権利としての効力を認めることを得ないが、標識の有する社会的利益に対する違法な侵害行為に対しては、不法行為の理論によってその損害が回復されることになる。

第三の場合は、営業上の利益侵害として冒用、剽窃された事実上公示性を獲得した標識の侵害に対する差止請求等と、標識の有する価値が営業上の利益を構成している場合には営業上の利益侵害の一内容として標識の不当利用による損害の賠償を請求しうることになる。

(一) 第一の場合に入る営業上の標識としては、登記済及び未登記であるが周知性ある商号、登録商標を挙げる事ができる。

登記商号及び登録商標は、商法二〇条一項及び商標法二五条、三六条、三六条乃至三九条によって権利の排他性及びそれら権利の侵害に対する救済が法定されているので、その保護が侵害行為に対する差止請求等と損害賠償請求にも及ぶことが明らかである。

問題となるのは、未登記商号及び未登録商標である。

未登記商号に関しては商法二一条一項は主体の誤認を生ずる商号の使用を禁止し、同条二項はこれら禁止に違反し

た場合には、それら使用の差止と損害賠償の請求を認めているが、同条の規定は登記商号のみならず未登記商号を含むことは明らかである。

然し総ての未登記商号がかかる保護を受け得るものではない。

商法二二条は保護の要件として不正競争の目的と、未登記商号が形成している利益侵害を要求しているが、不正競争の手段に供される商号は、市場乃至取引社会において既得的地位を有するからこそその商号の使用が不正競争になり得るのであり、商号の有する利益が害されるとは、商号及び営業主体が取引社会において経済的社会的に有利な評価を為されており、商号の冒用、剽竊がこれら評価を損なうことによつて商号の利益が害されるのである。従つて、これら保護が与えられる未登記商号は営業主体の経済社会的名声を附着せしめる程度に取引社会に浸透していること換言すれば商号が周知性を有することを必要とするであらう。

このことは保護を与えられる権利の一般的適性から言つても当然である。何故なら、権利が他人の同一利用を排斥してまで保護されるためには、第三者の権利乃至利用行為が併存し得ない存在であることを一般に広く認識せしむべき公示方法を具備せしめることを要するが、未登記商号は法定の公示性を具備していない。然し、周知性ある未登記商号は法の定める公示方法こそ備えていないが、法が登記によつて獲得しようとした商号の存在の認識ということを事実上実質的に成立せしめているため、排他的効力を認め得る権利としての一般的適性を具備しているものと言うことができるのである。従つて未登記商号であっても周知性ある商号は、第一の場合に入り損害賠償のみならず、差止請求等も含む保護が認められる。

これに反し未登録商標は第一の類型に入らず、差止請求が認められず単に不法侵害に対し損害賠償が認められるにすぎないものと解される。

蓋し、商標法一三条二項によって特許法三三条が準用されその権利性は承認されるにも拘らず、出願公告により公示性が担保された後においても、商標法三六条の準用は勿論、三七条以下の規定の準用をも認めないため、民法の一般原則による損害賠償による救済及び不正競争防止法による間接的附随的保護に期待せざるを得ない。

実定法の解釈としては以上のように未登録商標については直接差止請求等の保護が与えられていないが、将来の方向としては、その権利性が商標法一三条で認められているのであるから、商号と同様周知性ある未登録商標については差止請求を含む充分な保護が与えられるべきものと思われる。

登記商号、未登記で周知性ある商号、登録商標の侵害に対する保護の態様は、侵害を排除してそれら権利の全面的支配権を確保する物権的請求権と、侵害行為によって生じた損害の賠償請求権である。

物権的請求としては、侵害行為の予防請求と侵害行為の差止請求が認められるべきである。

商法二〇条乃至二一条では、商号について差止請求のみを規定するにとどまるが、一方商号が占有を伴わない権利として占有回収の請求等が認められないことは当然であるが、他方排他性ある権利として民法一九八条以下の規定に従い侵害行為の予防請求をも認めるべきものと解されるからである。

登録商標については、商標権の効力として侵害行為の差止及び予防請求権を認め（商標法三六条）ているが、これは排他性ある権利としての共通の効力であって商標法上明確化したにすぎないが、侵害行為を商標権そのものの効力に

抵触する場合に限らず、類似的商標利用による間接的な侵害行為についてもこれを差止請求等の対象としている点、及び差止、予防請求の効果として侵害の行為を組成した物品の廃棄、侵害行為に供した設備の除却等侵害の予防に必要な行為の請求を認めることは、民法上の保護に比して一方において証明の困難を救済するという意味で、他方では消極的不作為請求を主体とする保護に積極的作為義務をも附加した点において少くとも保護の範囲を拡張したものと解される。

損害賠償請求に関しては商法二〇条乃至二一条及び商標法三八条以下でこれを認めるがこれら損害賠償はいずれも民法七〇九条に基づく損害賠償請求であり、ただ商標法三八条以下の規定は、商標権者の証明の困難を救済するため、損害額の推定と、最低賠償額の保障、過失の推定に關し明文の規定を設けたものと解される。

(二) 第二の場合に入る営業上の標識としては、営業名、営業標、ハウス・マーク、サーヴィス・マーク、表装、未登録商標、原産地、出所地名称又は表示等が含まれる。

これら営業上の標識が消極的保護の対象となるのは、標識が取引社会において、営業、営業主体、商品、サーヴィス等の名声、信用を化体してそれ自体に財産的価値が認められるからである。このような社会的実在としての利益は、それら標識が標識を通じて認識される客体の信頼性を直ちに表現しうる程度に周知のものであることを必要とし、単に信用性を化体しない識別力のみの標識は財産的価値を有しないため、本来的に侵害の対象たり得ず、消極的保護の効力も及ばないと解される。

このように社会的実在として財産的利益を有するものを違法に侵害した場合には、仮りにそれら利益が独自の権利

として法上承認を与えられているものでない場合であっても、不法行為として民法上の保護が与えられることは大審院大正一四年一月二八日第三民事部における大学湯事件判決以来判例において確立された理論であり、これら標識についても又同様であると言ひ得るからである。

(三) 第三の場合に入る営業上の標識は、商号、営業標、営業名、ハウス・マーク、サーヴィス・マーク、商標、表装、原産地、出所地名称又は表示に及ぶ。

これら営業上の標識はいずれも広く認識されているものたることを要する。何故ならばこの第三の保護は不正競争防止法に基づく保護であり実定法上右の要件を要求されるのみならず、実質的にも標識が広く認識され、営業、営業主体、商品、サーヴィス等の名声信頼を化体していない場合には、これら標識を第三者が利用したとしても、その利用行為が不正競争として営業上の利益を害するという結果を招来するということはないからである。

従つて、ここで保護の対象となる営業上の標識は、広く認識された、換言すれば標識が表示する客体の名声信用を化体する程度に一般公衆の認識が浸透しているものであることを要するのである。

ここでの標識の保護は、第一及び第二の場合と異り、標識そのものが直接保護されるのではなく、それら標識が帰属主体の営業上の利益を害する不正競争の手段として用いられるため、不正な競争から営業上の利益を保護する方途として、標識の冒用、剽窃行為の差止請求と営業上の利益を構成している標識の財産的価値が営業上の利益の内に包括された形で損害賠償の請求が為されるのである。

故に、不正競争防止法による標識の保護は直接的保護ではなく、間接的・附随的保護にとどまり、不正な競争に對

する營業上の利益の保護の効果の余効であるということが出来る。

不正競争防止法による保護の態様は差止請求と損害賠償請求である。

差止請求権は、本来法が予定する権利でもなく法が要求する公示方法を具備しない標識に関し、それらが取引社会において広く認識されているという事実上の公示性を有することを根拠として、不正な競争を為し營業上の利益を害することを理由として法上排他性が認められる結果にほかならない。

差止請求は支配権としての効果であり、そのためには公示方法の具備が必要であるが、ここに挙げた標識は必ずしも、法上独立の権利性を承認されているものではないから、不正競争を契機として營業上の利益保護の観点から法上承認されたものにすぎず、また、排他性を認むべき前提要件たる公示性は、それら標識が社会的事実として有している周知性に由来するものだからである。

従って、多くの論者が説くように、不正競争防止法上の標識に関する差止請求を以って標識そのものの効力乃至保護と解するのは妥当でなく、間接的、反射的な効果と解すべきである。

不正競争防止法による損害賠償請求権は、不正な競争行為により營業上の利益を害した場合に生ずるが、被害法益として營業権乃至企業権が存するものではなく、營業上の利益を構成する個々の権利乃至利益が被法益を総括的に構成し、これらに対する違法な侵害——自由競争を原則とする取引社会においては不正な競争のみが違法とされ、それは排他性を有する標識を冒用、剽竊することによって招来される——として損害賠償請求権を発生せしめるのである。従ってここでの保護は、標識に関する限り、第二の保護の性質、内容と同一に帰し、特別の保護を形成するもの

ではないのである。

- (1) 営業名、営業標、サーヴィス・マーク等は不法行為一般の理論により或いは不正競争防止法により間接的にそれぞれ消極的保護が為されるにすぎず、積極的に利用を保護するものではない。
- (2) 商標権の効力は登録商標を指定商品に対して使用する権利とされるが、その消極的保護は類似の商標或いは同一商標の類似商品についての使用についても及び積極的效果と消極的保護の効果はその範圍において一致せず後者が前者に比して拡張されている。
- (3) この結果即ち未登記商号に関して、周知性を要件として排他性を認めることは通説と言ってもよいであろう（西原「商号保護と登記との関係」民商法雑誌九卷四号七頁、石井照久「商法Ⅰ」九八頁、大森忠夫「商法総則・商行為法」九六頁、大隅健一郎「商法総則」二〇一頁）ただかかる商号が何故排他性が認められるのかについての実質的理由は必ずしも明らかではない。
- (4) 四宮教授は差止請求権等は被侵害法益が排他的支配権たることに基つくと断定することはできず、これら請求権の基礎は権利の不可侵性にあるのではなく、侵害行為または侵害された状態の「違法性」にあるのではなからうか、として権利——支配権——でなくとも差止請求権の発生を肯定される（「不正競争と権利保護手段」法律時報三二卷二号一九頁）
- (5) 特許庁「新工業所有権法逐条解説」五九八頁
- (6) 主要諸国中商標を営業と分離して自由に譲渡することを認めるのはイギリス、フランス、カナダ、イタリア、デンマーク、トルコ等があり、営業と共にのみ譲渡を認めるのはドイツ、アメリカ、スイス、オーストリア等である。但し後者の国々でも制限を緩和する方向に向っていることは事実である。但しこの緩和については種々の規制が考えられている。（Reimer, Patengesetz und Gebrauchs muster-gesetz, 2 Aufl., 1958, SS. 343~346. Callman, The Law of Unfair Competition and Trade-Marks, 2 ed., 5 vols., 1950. P 1269~1275）これに対し前者に属する国々では自由譲渡性を認めることによる品質誤認を防止する種々の立法がなされてゐる（Kerly, The Law of Trade Marks and Trade



Names, 7 ed., 1951. P. 350)

(7) 矢沢教授は商標の自由譲渡による一般公衆の利益擁護のため、商品の表装等に営業を伴わない譲渡があったことの表示すること又は商品そのものとの混同を防止するための適当な表示を附することが必要であるとされる（「商標と営業との分離」ジュリスト一七四号一八頁）

（本学助手）